

VU Research Portal

Contractsvrijheid vs. billijkheid in het huidige contractenrecht: kunnen grondrechten ons helpen? (Ad Rem)

Cherednychenko, O.L.

published in

Contracteren: tijdschrift voor de contractspraktijk
2004

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Cherednychenko, O. L. (2004). Contractsvrijheid vs. billijkheid in het huidige contractenrecht: kunnen grondrechten ons helpen? (Ad Rem). *Contracteren: tijdschrift voor de contractspraktijk*, 2004(3), 60-61.
<http://igitur-archive.library.uu.nl/law/2006-0726-200245/UUindex.html>

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Ad rem

Contractsvrijheid van billijkheid in het huidige contractenrecht: kunnen grondrechten ons helpen?

Mr. O.L. Cherednychenko

In de klassieke visie op het contractenrecht die in de grote codificaties van het burgerlijk recht uit de 19de eeuw is verwezenlijkt, staat het grondbeginsel van de contractsvrijheid centraal: met enige uitzonderingen staat het partijen in principe vrij een overeenkomst te sluiten met wie zij wensen, met de inhoud welke ze wensen, en op het moment waarop zij dat wensen. Daarbij streeft elke partij haar eigen belang na en in principe hoeft ze geen rekening te houden met de belangen van de wederpartij.

Wat echter waar is voor het contractenrecht van de 19de eeuw, is niet meer van toepassing op het huidige contractenrecht. Tegenwoordig lijkt bijna iedereen het erover eens te zijn dat het klassieke idee van contractsvrijheid niet altijd de 'echte' vrijheid van partijen inhoudt en dat om deze 'echte' vrijheid – in het bijzonder voor zwakkere partijen – te garanderen, een zekere bescherming nodig is. De meningen verschillen wel over de *mate* van gewenste bescherming van een zwakke partij.

Als gevolg van de ontwikkeling van de beschermingsgedachte is het oude paradigma van het contractenrecht ingrijpend veranderd: '(...) naast de contractsvrijheid heeft zich als paradigma het beginsel van de zwakke partij aangediend.'¹ Gezien de schaal van de nieuwe ontwikkeling lijkt het niet meer overdreven te zeggen dat het huidige contractenrecht 'twee meesters dient: de contractsvrijheid en de bescherming van de zwakke partij'² of, in andere woorden, wordt gebaseerd op 'autonomie en solidariteit'³.

Een vergelijkbare opvatting wordt tegenwoordig steeds vaker gehoord van civilisten uit andere landen. Zelfs wordt steeds meer gesproken niet alleen over het beginsel van bescherming van de

zwakke partij, maar ook over het beginsel van billijkheid in het huidige contractenrecht. In juni dit jaar ben ik op het jaarlijkse congres geweest van de SECOLA (Society of the European Contract Law, <www.secola.org>) gewijd aan het onderwerp 'The Architecture of European Codes and Contract Law'. Opvallend was dat onder de deelnemers van het congres volledige overeenstemming leek te heersen omtrent het feit dat het contractenrecht niet alleen maar door het 'principle of freedom of contract' wordt beheerst, maar ook door het 'principle of regard and fairness'. Daarbij kwamen veel sprekers⁴ steeds terug op een en hetzelfde onderwerp – de onderlinge verhouding tussen deze twee beginselen in het contractenrecht. Volgens Lurger is overal in het contractenrecht het "principle of regard and fairness" in *partial conflict* with the principle of freedom of contract (...).⁵ Rochfeld sprak over 'the political opposition between two conceptions of contract'; 'the classical one, attached to the traditional principles of freedom of contract and equality' en 'the modern and more realistic one, that admits the reality of the imbalance in the parties' situations and in the terms of the contract'.⁶ De opvatting terzake de tegenstelling tussen het beginsel van contractsvrijheid en het beginsel van billijkheid werd ook naar voren gebracht door T. Wilhelmsson en H. Collins.

Het is vanzelfsprekend dat als er een conflict bestaat tussen twee grondbeginselen, dit kan worden opgelost door het vinden van het juiste evenwicht daartussen. Het probleem is echter, aldus Lurger,

1 E. Hondius, Bescherming van de zwakkere als nieuw paradigma in het privaatrecht, in: Hartlief & Stolker (red.), Contractvrijheid, Deventer: Kluwer 1999, p. 387.

2 E. Hondius, *ibid.*, p. 393.

3 M.W. Hesselink e.a. (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2003, p. 1.

4 B. Lurger (H.G. Collins London School of Economics & Political Science, Verenigd Koninkrijk), B. Lurger (Graz Universiteit, Oostenrijk), J. Rochfeld (Le Mans Universiteit, Frankrijk) en T. Wilhelmsson (Helsinki Universiteit, Finland).

5 B. Lurger, Austrian Consumer Law, p. 3, <www.secola.org/vortraege/vienna/LurgerH.pdf>.

6 J. Rochfeld, The place of the Consumer Code in French Contract Law, p. 5-6, <www.secola.org/vortraege/vienna/Rochfeld.pdf>.

dat wij nog geen gemeenschappelijk begrip hebben bereikt omtrent dit evenwicht. De tendens die in dit verband mijns inziens het signaleren waard is, heeft betrekking op de toenemende teleurstelling onder civilisten met het huidige contractenrecht wat de mogelijkheden betreft om het conflict tussen contractsvrijheid en billijkheid *binnen* het contractenrecht zelf op te lossen en een zekere neiging om een oplossing te zoeken *buiten* het contractenrecht. De reden voor de teleurstelling is niet dat in het huidige contractenrecht te veel of te weinig aandacht wordt besteed aan het ene of het andere beginsel, maar dat als gevolg van de opkomst van het beginsel van billijkheid het contractenrecht *incoherent* is geworden. Deze gedachte werd het meest treffend geuit door T. Wilhelmsson op het congres 'Is there a Need for a Uniform Contract Law in Europe? Empirical Perspectives' dat in juni dit jaar aan de Universiteit Maastricht werd gehouden. Naar zijn mening heeft de ontwikkeling van het beginsel van billijkheid naast dat van de privaatautonomie ertoe geleid dat in het huidige contractenrecht geen coherent systeem van waarden meer bestaat. In plaats daarvan vindt men een 'fragmented mess of contextual morality' die in principe elke oplossing mogelijk maakt mits er een metabeginsel bestaat om een conflict tussen twee strijdige beginselen op te lossen.

De vraag die in dit verband rijst, is waar dit metabeginsel dat het contractenrecht van incoherentie kan redden, te vinden is. Wilhelmsson stelt twee alternatieven voor. Het eerste is de gedachte van 'economic efficiency'. Het tweede is grondrechten. Wilhelmsson verwerpt de gedachte van 'economic efficiency' en ziet de oplossing in grondrechten die naar zijn mening 'offer a more homogeneous system of private law' en 'open-up the law to more transparent morality'.

Het lijkt mij dat het tweede alternatief – grondrechten als de oplossing van alle problemen van het huidige contractenrecht – precies iets is waarop steeds meer civilisten hun hoop vestigen. Deze tendens doet zich niet alleen voor op het gebied van het contractenrecht, maar ook op andere gebieden van het privaatrecht. Toevallig kwam ik precies hetzelfde idee tegen in de context van het intellectuele eigendomsrecht. In het artikel onder de titel 'Fundamental Rights, a Safeguard for the Coherence of Intellectual Property Law?' schrijft C. Geiger het volgende: 'The application of fundamental rights ... allows intellectual property rights to recover their true function and guarantees the subject a coherence that it seems to have lost.'⁷

Of grondrechten ons inderdaad kunnen helpen bij het vinden van het juiste evenwicht tussen contractsvrijheid enerzijds en billijkheid anderzijds en het opbouwen van een coherent systeem van het contractenrecht lijkt mij echter twijfelachtig. Het is denkbaar dat degene die in grondrechten een oplossing denken te vinden, doelen op persoonlijkheidsrechten, zoals het recht op menselijke waardigheid, de vrijheid van de persoonlijkheid of het algemene persoonlijkheidsrecht dat in het Nederlandse recht is erkend in het Valkenhorst-arrest (HR 15 april 1994, NJ 1994, 608). Die grondrechten kunnen mijns inziens in de contractenrechtelijke context worden gebruikt, met name om de zwakkere partijen te beschermen, in het bijzonder tegen bezwaarlijke overeenkomsten. Men moet echter niet uit het oog verliezen dat het beginsel van contractsvrijheid ook als grondrecht kan worden beschouwd en mitsdien net als andere grondrechten door de Grondwet zal worden beschermd. Dit is bijvoorbeeld het geval in het Duitse recht

waar de privaatautonomie, in het bijzonder de vrijheid om te contracteren, een onderdeel is van het recht op de 'freie Entfaltung seiner Persönlichkeit' dat door artikel 2 lid 1 *Grundgesetz* aan iedereen wordt toegekend.

Hoewel de Hoge Raad (nog) geen dergelijke algemene uitspraak heeft gedaan over de plaats van de contractsvrijheid in de Nederlandse Grondwet, speelt dit beginsel ook in ons recht een belangrijke rol. Volgens Alkema veronderstelt een groot aantal grond- en mensenrechten, zoals het recht op eigendom, de godsdienstvrijheid, de vrijheid van onderwijs enzovoort, contractsvrijheid.⁸ Hoewel de contractsvrijheid naar zijn mening geen grondrecht is, wijst hij erop dat ze grondrechtelijke trekken heeft.⁹

Wat de zaak nog moeilijker maakt, is dat bij een bepaalde uitleg het grondrecht op contractsvrijheid zelfs kan worden gebruikt om niet alleen de belangen van de sterkere partijen te beschermen, maar ook die van de zwakkere. Een fraai voorbeeld daarvan kan worden gevonden in de jurisprudentie van het Duitse Bundesverfassungsgericht. In de Bürgschaft-uitspraak heeft het constitutionele hof van het grondrecht op de privaatautonomie de plicht van de civiele rechter afgeleid om corrigerend in te grijpen indien sprake is van een 'strukturelle Unterlegenheit des einen Vertragsteils' en de gevolgen van de overeenkomst voor de benadeelde contractspartij 'ungewöhnlich belastend' zijn (BverfG 19 oktober 1993, NJW 1994, 36).

Daaruit valt op te maken dat in principe *beide* conflicterende beginselen van het huidige contractenrecht door grondrechten kunnen worden beschermd en dat één metabeginsel dat soelaas kan bieden bij het oplossen van het conflict nauwelijks onder de grondrechten kan worden gevonden. Dit betekent dat het evenwicht zal moet worden gezocht niet tussen de contractsvrijheid en de billijkheid, maar tussen het grondrecht op (klassieke) contractsvrijheid enerzijds en het grondrecht op menselijke waardigheid, vrijheid van de persoonlijkheid of het algemene persoonlijkheidsrecht anderzijds, of zelfs tussen twee verschillende uitdrukkingsvormen van het grondrecht op contractsvrijheid. De grote vraag is echter of wij daarbij de sleutel tot het juiste evenwicht tussen conflicterende beginselen en tot meer coherentie in het contractenrecht zullen vinden of slechts naar een hoger abstractieniveau zullen opstijgen waarop dezelfde problemen zullen terugkomen onder het mom van grondrechtelijke vragen.

In het licht van al het hiervoor genoemde lijkt het mij dat zelfs als wij ons toch tot de grondrechten wenden in de hoop dat met behulp daarvan de contradicties van het huidige contractenrecht zullen worden opgelost, wij uiteindelijk vroeger of later naar het contractenrecht terug zullen keren. Is het daarom niet zinvoller om de oplossingen binnen het contractenrecht zelf te zoeken, natuurlijk zonder afstand te doen van ons recht op inspiratie door wat er in het staatsrecht met betrekking tot grondrechten omgaat?

*Mr. O.L. Cherednychenko, junior-onderzoeker
Universiteit Utrecht Molengraaff Instituut voor
Privaatrecht*

8 E.A. Alkema, Contractsvrijheid als grondrecht; de vrijheid om over grond- en mensenrechten te contracteren of er afstand van te doen, in: Hartlief & Stolker (red.), Contractvrijheid, Deventer: Kluwer 1999, p. 34-35.

9 E.A. Alkema, *ibid.*, p. 45-46.

7 IIC, Vol. 35, 2004, p. 280.